

# VU Research Portal

## Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden?

Zwart- Hink, A.M.

**published in**  
Nederlands Juristenblad  
2017

**document version**  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Zwart- Hink, A. M. (2017). Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden? Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid. *Nederlands Juristenblad*, 92, 2800-2808. [2032].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**  
[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden?

## Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid

Andrea Zwart-Hink<sup>1</sup>

Van veel professionals wordt tegenwoordig verwacht dat zij tegenover hun cliënten open zijn over fouten die gemaakt worden in de uitoefening van hun werkzaamheden en dat zij daarvoor excuses aanbieden. Zo bestaat voor de arts inmiddels een wettelijke verplichting tot openheid over fouten. Toch zijn professionals in de praktijk dat niet altijd. Vaak wordt verondersteld dat van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar geen excuses mogen worden aangeboden en dat het doen van bepaalde uitspraken, waaronder het aanbieden van excuses, een erkenning van aansprakelijkheid inhoudt. Mede vanwege deze veronderstelling is in de literatuur wel gesuggereerd dat vanuit juridisch oogpunt terughoudendheid bij het maken van excuses verstandig is. In dit artikel wordt betoogd dat dit advies maatschappelijk ongewenst is en dat deze veronderstelling bovendien slechts bij hoge uitzondering steun vindt in het recht. Het zijn ironisch genoeg enkel de juridische professionals zelf die onder omstandigheden goed over hun woordgebruik moeten nadenken.

### 1. Inleiding

Van professionals zoals advocaten en artsen wordt verwacht dat zij tegenover hun cliënten open en eerlijk zijn over fouten die gemaakt worden in de uitoefening van hun werkzaamheden en dat zij daarvoor, als daar reden voor is, excuses aanbieden. Met openheid en het aanbieden van excuses wordt tegemoetgekomen aan het rechtvaardigheidsgevoel en de behoeften van benadeelden. Daarnaast is gebleken dat het uitblijven van excuses en een gebrek aan openheid tot onnodige jurisdisering kunnen leiden.<sup>2</sup> Niettemin blijkt uit verschillende onderzoeken – voornamelijk naar openheid door medische professionals – dat in de praktijk niet altijd (volledige) openheid wordt betracht. Als redenen hiervoor worden onder andere de angst voor de gevolgen voor zichzelf, voor de benadeelde of voor de relatie met de benadeelde genoemd, maar ook angst voor negatieve publiciteit en reputatieschade speelt een rol.<sup>3</sup> Voorts is denkbaar dat professionals uit bepaalde beroepsgroepen uit angst voor eventuele tuchtrechtelijke maatregelen ervoor kiezen geen excuses aan te bieden voor, of zich anderszins niet uit te laten over een gemaakte fout.

Zowel bij het publiek als bij professionals heerst daarnaast nogal eens de veronderstelling dat maar beter geen

excuses aangeboden kunnen worden, omdat dat van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar niet zou mogen, en omdat daarmee aansprakelijkheid zou worden erkend. Voor de terughoudendheid die professionals met betrekking tot openheid en excuses als gevolg van die veronderstelling lijken te betrachten, vinden zij ook steun in de literatuur. Zo raden Hoogenboezem & Hees in het artikel 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid' in *WPNR* 2014/7025 aan om in het geval van een beroepsfout 'beperkt, en zeer secuur, tekst en uitleg te geven en terughoudend te zijn met het maken van excuses', teneinde te voorkomen dat deze uitleg en excuses 'in redelijkheid' mogen worden opgevat als erkenning van aansprakelijkheid, waardoor de beroepsbeoefenaar het risico loopt de dekking onder zijn aansprakelijkheidsverzekering te verliezen en er bij de cliënt mogelijk valse verwachtingen worden geschept omtrent de mogelijkheid om schadevergoeding te ontvangen.<sup>4</sup>

In dit artikel wordt uiteengezet dat de suggestie dat voorzichtigheid bij het geven van uitleg en het maken van excuses vanuit juridisch perspectief geboden of verstandig is, niet alleen maatschappelijk ongewenst is, maar in werkelijkheid ook slechts bij hoge uitzondering enige steun vindt in het recht. Het dekkingsrisico bestaat niet, en de valse verwachtingen zijn vermijdbaar en hoe dan ook slechts zel-

den juridisch relevant. In dit artikel gaat de meeste aandacht uit naar de (gewenste) opstelling van zorgaanbieders, zoals artsen, na (medische) incidenten.<sup>5</sup> De reden hiervoor is dat men in de medische wereld vooroploopt als het gaat om het stimuleren van en informeren over het correct handelen na incidenten.<sup>6</sup> Dit zal ook blijken in par. 2, waar een kort overzicht wordt gegeven van maatregelen die reeds zijn getroffen om openheid en het aanbieden van excuses te stimuleren. Vervolgens zal getracht worden om twee misverstanden omtrent de gevolgen van openheid en het aanbieden van excuses de wereld uit te helpen. In par. 3 wordt duidelijk gemaakt dat de 'publieke veronderstelling' dat verzekerde beroepsbeoefenaars van hun verzekeraar geen excuses mogen aanbieden onjuist is. Vervolgens wordt in par. 4 betoogd dat openheid en het aanbieden van excuses na een (vermeende) beroepsfout bijna nooit een erkenning van aansprakelijkheid kunnen inhouden. In par. 5 wordt tot slot duidelijk dat de veronderstelling dat men maar beter voorzichtig kan zijn met het aanbieden van excuses vanwege de mogelijke juridische gevolgen ervan, ook niet wordt ondersteund door empirisch onderzoek.

## 2. De rol van openheid en excuses in de medische praktijk

Voor al in de medische wereld is in de afgelopen jaren veel aandacht besteed aan het onderwerp 'openheid', zelfs zodanig, dat openheid, eerlijkheid en het aanbieden van excuses na een incident inmiddels onderdeel zijn van de professionele standaard van artsen en andere zorgaanbieders.<sup>7</sup> In 2007 kwam de richtlijn 'Omgaan met incidenten, fouten en klachten, wat mag van artsen worden verwacht' van de landelijke artsenfederatie KNMG tot stand, waarin wordt benadrukt dat het tot de professionele verantwoordelijkheid van artsen en andere hulpverleners hoort 'om te voorkomen dat patiënten worden geschaad en om reeds ontstane schade zoveel mogelijk te beperken' en waarin praten over fouten en het uitspreken van excuses 'belangrijk en noodzakelijk' worden genoemd.<sup>8</sup> Voorts geldt sinds 2010 de 'Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid' (GOMA). Een belangrijke aanbeveling van de GOMA luidt: 'Indien uit het onderzoek naar de toedracht van het incident blijkt dat er sprake is geweest

## Open en eerlijk zijn over incidenten richting de patiënt en excuses aanbieden waar nodig, is inmiddels onderdeel van de professionele standaard van zorgaanbieders

van een fout dan erkent de zorgaanbieder deze fout en biedt hij de patiënt verontschuldiging aan.<sup>9</sup>

Ook de twee grootste medische aansprakelijkheidsverzekeraars in Nederland, Centramed en MediRisk, besteden de laatste jaren veel aandacht aan de correcte afhandeling van medische incidenten. In een informatiefolder op de website van Centramed, waarin wordt ingegaan op veronderstellingen en onjuistheden rond het proces van claimafhandeling, worden artsen aangemoedigd om open te zijn over incidenten richting patiënten. Over de 'publieke veronderstelling' dat artsen van hun verzekeraar geen excuses mogen aanbieden, wordt geschreven dat het tegendeel waar is. Met een verwijzing naar de eerdergenoemde GOMA wordt benadrukt dat goed en open contact tussen arts en patiënt juist van groot belang is en dat goede communicatie claims kan helpen voorkomen.

Na alle getroffen maatregelen om de afwikkeling van fouten die gemaakt worden bij een medische behandeling soepel en patiëntgericht te laten verlopen, is op 1 januari 2016, met de inwerkingtreding van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz), voor het eerst ook wettelijk vastgelegd dat open en eerlijke communicatie de norm is. Zo schrijft artikel 10 lid 3 voor dat zorgaanbieders<sup>10</sup> patiënten moeten informeren over de aard en toedracht van zogenaamde 'incidenten'. Daarmee wordt bedoeld dat men open en eerlijk moet zijn over 'een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg, en heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt'.<sup>11</sup> Zo'n medisch incident is bijvoorbeeld een fout in behandeling of zorg.<sup>12</sup>

### Auteur

1. Mr. Drs. A.M. Zwart-Hink is docent-onderzoeker aan de Vrije Universiteit Amsterdam en is verbonden aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law. Met dank aan prof. mr. A.J. Akkermans en dr. mr. K.A.P.C. van Wees voor hun waardevolle opmerkingen bij eerdere versies van dit artikel. Een eerdere versie van dit artikel is als Engelstalig research paper besproken op een workshop van het International Network for Law and Apology Research ([www.inlar.net](http://www.inlar.net)) op het Oñati International Institute for the Sociology of Law ([www.iisj.net](http://www.iisj.net)) en is als Engelstalige versie van dit artikel verschenen in de *Oñati Socio-Legal Series*: A.M. Zwart-Hink, 'The Doctor Has Apologised. Will I Now Get Compensation

For My Injuries? Myth and Reality in Apologies and Liability', *Oñati Socio-Legal Series* 2017, 7 (3), p. 497-510. Beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=3029245>.

### Noten

2. O.a. J.L. Smeehuijzen e.a., *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, Amsterdam: VU 2013, par. 2.4 en 3.4; en B.S. Laarman e.a., *OPEN: open en eerlijke omgang na klachten en incidenten in het ziekenhuis*. Schriftelijk verslag van project OPEN, Utrecht: NIVEL 2016, p. 14. Zie ook L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016/7092, par. 1.

3. Voor verwijzingen naar (internationale) onderzoeken op dit terrein, zie J.L. Smeehuijzen e.a., *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, Amsterdam: VU 2013, par. 2.6.1; en B.S. Laarman e.a., *OPEN: open en eerlijke omgang na klachten en incidenten in het ziekenhuis*. Schriftelijk verslag van project OPEN, Utrecht: NIVEL 2016, p. 13-14.
4. K.P. Hoogenboezem & M.C. Hees, 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/7025, par. 5.
5. Een (medisch) incident is bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, een medische fout. J. Legemaate, 'Openheid over medische fouten vereist beleid', *NJB* 2016/72, afl. 2.
6. Zie bijv. [www.openindezorg.nl](http://www.openindezorg.nl).

7. B.S. Laarman e.a., *OPEN: open en eerlijke omgang na klachten en incidenten in het ziekenhuis*. Schriftelijk verslag van project OPEN, Utrecht: NIVEL 2016; en J. Legemaate, 'Openheid over medische fouten vereist beleid', *NJB* 2016/72, afl. 2.
8. *Omgaan met incidenten, fouten en klachten, wat mag van artsen worden verwacht*, KNMG 2007, p. 4.
9. GOMA, Deel A (Een adequate reactie op incidenten), aanbeveling 8.
10. Met het begrip 'zorgaanbieder' wordt in de Wkkgz verstaan 'een instelling dan wel een solistisch werkende zorgverlener'. Art. 1 Wkkgz.
11. Art. 1.1 Uitvoeringsbesluit Wkkgz.
12. J. Legemaate, 'Openheid over medische fouten vereist beleid', *NJB* 2016/72, afl. 2.



Geconcludeerd kan worden dat een suggestie in de richting dat terughoudendheid bij het geven van uitleg en het maken van excuses verstandig is, rechtstreeks indruist tegen ontwikkelingen die in de medische praktijk al jaren aan de gang zijn en die juist zijn gericht op openheid. Open en eerlijk zijn over incidenten richting de patiënt en excuses aanbieden waar nodig, is inmiddels onderdeel van de professionele standaard van zorgaanbieders. Ook de grootste medische aansprakelijkheidsverzekeraars in Nederland zijn zich hier al langer van bewust. In de volgende paragraaf zal blijken dat dit niet voor alle beroeps-aansprakelijkheidsverzekeraars geldt.

### 3. Achterhaalde bepalingen in verzekeringspolissen

Zoals gezegd, moedigen de grootste medische aansprakelijkheidsverzekeraars in Nederland hun verzekerden tegenwoordig aan open te zijn en excuses aan te bieden na incidenten. 'Achterhaalde' bepalingen die juist terughoudendheid suggereren komen echter ook nog veelvuldig

voor. Zo'n achterhaalde bepaling wordt wel geduid als een 'verbod' tot erkenning van aansprakelijkheid en bepaalt bijvoorbeeld dat het in geval van schade of een gebeurtenis die daartoe zou kunnen leiden, de verzekerde niet is toegestaan schuld of aansprakelijkheid te erkennen.<sup>13</sup> Door de ruime bewoordingen van deze en vergelijkbare polisbedingen lijkt het alsof de verzekerde na een incident niets mag zeggen, of althans dat hij voorzichtig moet zijn met het doen van bepaalde uitingen of het aanbieden van excuses. Die indruk is begrijpelijk, maar niet correct. De betreffende polisbepalingen zijn simpelweg niet meegegaan met hun tijd. Sinds 2006 zijn zij strijdig met de wet, om precies te zijn met artikel 7:953 van het Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>14</sup> Dit artikel bepaalt dat geen gevolgen mogen worden verbonden aan een erkenning van aansprakelijkheid voor zover die erkenning juist is. Ook bepaalt het artikel dat een eventueel verbod tot erkenning van feiten in een verzekeringspolis 'geen gevolg' heeft.

De verzekeringspolissen van de grote medische aansprakelijkheidsverzekeraars in Nederland bevatten geen

verbodsbepalingen (meer), maar polissen van veel andere verzekeraars zetten verzekerden nog steeds op het verkeerde been. Tot op de dag van vandaag bestaan veel misverstanden over de vraag wat wel en niet mag worden gezegd na een incident, óók onder zorgaanbieders, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de eerder genoemde informatiefolder op de website van verzekeraar Centramed.

Uit het bovenstaande blijkt echter dat de waarheid zich tegenwoordig niet meer laat verbieden. Wie aansprakelijk is kan dat gerust toegeven zonder te hoeven vrezen voor verlies van verzekeringsdekking. Voor zover met een polisbepaling als hierboven beschreven, anders is bedoeld,

## Wie aansprakelijk is kan dat gerust toegeven zonder te hoeven vrezen voor verlies van verzekeringsdekking

heeft dit op grond van de wet geen gevolgen. Blijkens zijn parlementaire geschiedenis is artikel 7:953 BW bewust ingevoerd om te voorkomen dat verzekerden die terecht aansprakelijkheid erkennen 'van uitkering verstoken' blijven.<sup>13</sup> De betreffende polisbepalingen zijn dus achterhaald en zouden moeten worden vervangen. Misschien iets om aandacht aan te besteden in het kader van het Keurmerk Klantgericht Verzekeren?<sup>16</sup>

### 4. Excuses en erkenning van aansprakelijkheid

De veronderstelling dat bepaalde uitspraken na een incident, waaronder het aanbieden van excuses, ongewenste gevolgen kunnen hebben, beperkt zich niet tot de aannahme dat deze uitspraken mogelijk gevolgen hebben voor de afwikkeling van de kwestie door de aansprakelijkheidsverzekeraar. Een daaraan verwant, maar ander misverstand is dat het aanbieden van excuses zou leiden tot erkenning van aansprakelijkheid. Zoals hier wordt uiteengezet kunnen weliswaar in sommige (zeer zeldzame) situaties juridische consequenties worden verbonden aan het doen van bepaalde uitspraken na een beroepsfout, maar dit geldt in elk geval niet voor zorgverleners die richting hun patiënten open zijn over incidenten en daarvoor excuses maken.

<sup>13</sup>. Ik deed een willekeurige greep uit de via het internet vrij toegankelijke polisvoorwaarden en vond bijvoorbeeld art. 5.1 van de Algemene voorwaarden schadeverzekeringen van VvAA. Deze algemene voorwaarden zijn 'de basis van elke schadeverzekeringsovereenkomst' die met VvAA wordt gesloten, waaronder dus tevens – zo concludeer ik – de (medische) beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen. Andere voorbeelden: art. 6.1 van de Voorwaarden

Beroepsaansprakelijkheidsverzekering van Delta Lloyd, art. 6.1.6 van de Verzekeringsvoorwaarden (Beroeps)aansprakelijkheidsverzekering van Allianz en art. 7.1 van de Voorwaarden Beroepsaansprakelijkheidsverzekering van Univé.

<sup>14</sup>. C.E. Drion, 'Misverstanden omtrent het recht op erkenning van fouten', *NJB* 2008/1172, afl. 24; en N. van Tiggele-van der Velde, *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade: een (zelfstandige) grond voor*

### 4.1. Door erkenning ontstaat geen beroepsfout – wel kan vertrouwen worden opgewekt

Het antwoord op de vraag of aansprakelijkheid voor een beroepsfout bestaat is in beginsel niet afhankelijk van de aard en inhoud van de uitspraken die daarover door de verzekerde worden gedaan, maar gewoon van (de juridische waardering van) de feiten. Of aansprakelijkheid bestaat is een juridische kwestie. In rechte is het laatste woord hierover uiteraard aan de rechter, maar ook buitengerechtelijk komt het eindoordeel hierover toe aan juridische professionals. Op grond van de polisvoorwaarden is de beoordeling van een aansprakelijkstelling expliciet voorbehouden aan de verzekeraar. Het regionaal tuchtcollege voor de gezondheidszorg Amsterdam heeft dit in een recente uitspraak mooi verwoord:

'Aan verweerder kan worden toegegeven dat de beoordeling van de (civielrechtelijke) aansprakelijkheid (over het algemeen) namens de zorgaanbieder door zijn aansprakelijkheidsverzekeraar wordt uitgevoerd, en zorgverleners zich in die verhouding niet behoren uit te laten over aansprakelijkheid. De erkenning van aansprakelijkheid staat echter niet gelijk aan het erkennen van een fout (welk onderscheid voor klaagster begrijpelijkerwijs moeilijk te maken is), hetgeen juist wel tot het domein van de zorgverlener behoort.'<sup>17</sup>

De bevoegdheid dit oordeel te vellen wordt bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst door de verzekerde aan zijn verzekeraar overgedragen. Anders gezegd: wat de verzekerde zelf vindt doet er niet toe. Niet hij gaat erover, maar zijn verzekeraar.<sup>18</sup> In de brochure 'Eerste hulp bij aansprakelijkstelling' die te vinden is op de website van Centramed, legt Centramed het als volgt aan haar verzekerden uit:

'praat met de patiënt en zijn naasten over wat er is gebeurd, wees open en oprecht over wat dat met u doet en bied waar gepast excuses aan voor de gang van zaken. Uitspraken over aansprakelijkheid of schadevergoeding kunt u aan ons overlaten. Als aansprakelijkheidsverzekeraar buigen wij ons over die civielrechtelijke vraagstukken.'

Een bekend voorbeeld uit de medische sfeer kan het voorgaande illustreren. Bij een operatie aan het oor raakte de aangezichtszenuw van een patiënte beschadigd. De KNO-arts die de operatie had uitgevoerd, good in tranen en in de overtuiging een fout te hebben gemaakt, bloemen en excuses aan en riep de patiënte op hem aansprakelijk te stellen. De verzekeraar van de arts – aan wie de beoordeling van de aansprakelijkstelling is voorbehouden – was

*schadeplichtigheid?* (oratie Nijmegen), 2009, p. 9.

<sup>15</sup>. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19529, 5, p. 32.

<sup>16</sup>. Zie [www.keurmerkverzekeraars.nl](http://www.keurmerkverzekeraars.nl).

<sup>17</sup>. Regionaal tuchtcollege voor de gezondheidszorg Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:77.

<sup>18</sup>. J.L. Smeehuijzen & A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en

overschatte revoluties', in: *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid* (Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013), Den Haag: Sdu 2013, p. 42-43; en L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016/7092, par. 2.



echter niet overtuigd dat sprake was van een fout. Uit een deskundigenverklaring bleek namelijk dat het beschadigen van de aangezichtszenuw bij elke operatie aan het oor een risico is. Door de beperkingen van de medische techniek kan dit risico niet worden terug gebracht naar nul. Als het fout is gegaan, wil dat dus nog niet zeggen dat het ook fout is *gedaan*. Daarom wees de verzekeraar aansprakelijkheid af.<sup>19</sup>

Voor juristen is het standpunt van de verzekeraar uit het voorbeeld goed te begrijpen. De expliciete uitspraken en gedragingen van de arts kunnen er niet toe leiden dat hij aansprakelijk is voor een veronderstelde beroepsfout die hij in werkelijkheid niet heeft gemaakt. Dit betekent echter niet dat zijn uitspraken en gedragingen juridisch volkomen irrelevant zouden zijn. Wanneer een zorgaanbieder of een andere beroepsbeoefenaar na een incident te kennen geeft een (mogelijke) fout te hebben gemaakt en zijn excuses aanbiedt, is het begrijpelijk dat bij de benadeelde verwachtingen kunnen worden gewekt over zaken als aansprakelijkheid en schadevergoeding.<sup>20</sup> Dit roept de vraag op of en zo ja, welke (juridische) consequenties aan de gewekte verwachtingen kunnen worden verbonden. Deze vraag staat in de sleutel van de in artikel 3:33 en 3:35 BW neergelegde wilsvertrouwensleer. De wilsvertrouwensleer brengt mee dat de betekenis die de benadeelde *redelijkerwijs* aan de uitspraken en/of gedragingen mag verbinden van doorslaggevend belang is voor het antwoord op de vraag of daadwerkelijk sprake is van een erkenning van aansprakelijkheid. In een arrest van de Hoge Raad uit 1992, waarin het weliswaar ging om uitspraken betreffende de erkenning van aansprakelijkheid van een verzekeraar richting de benadeelde, overwoog de Hoge Raad hierover als volgt:

‘Het antwoord op de vraag of deze verzekerde door de derde aan een vervolgens door die verzekeraar gedane erkenning kan worden gehouden in dier voege dat dan tussen hem en deze derde komt te gelden dat hij jegens de derde aansprakelijk is, hangt ervan af of de derde de verklaring van de verzekeraar heeft opgevat en in de gegeven omstandigheden heeft mogen opvatten als een door de verzekeraar tot hem gerichtte verklaring die ertoe strekte dit rechtsgevolg tot stand te brengen.’<sup>21</sup>

Het is dus mogelijk dat juridische consequenties worden verbonden aan het doen van bepaalde uitspraken, ook wanneer de verzekerde naar juridische maatstaven niet is tekortgeschoten en er dus (louter) op basis van zijn feitelijk handelen geen aansprakelijkheid in de zin van artikel 6:162 BW kan worden aangenomen. Het is van belang om voor ogen te houden dat het in de uitspraak van de Hoge Raad gaat om uitspraken van een verzekeraar, die op grond van de polis ook werkelijk bevoegd is om aansprakelijkheid te beoordelen, en niet om de verzekerde zelf, die zoals gezegd op grond van de polis daartoe niet bevoegd is.

De vraag is of bepaalde uitspraken die na een beroepsfout door de verzekerde zelf zijn gedaan, tot dezelfde conclusie zouden kunnen leiden. Een argument dat pleit voor een positieve beantwoording van deze vraag is dat de benadeelde derde als juridische leek niet van de bevoegdheidsverdeling tussen verzekeraar en verzekerde op de hoogte hoeft te zijn, en hij bovendien als derde bui-

ten het verzekeringscontract staat. Dit zou betekenen dat een uitspraak van een verzekerde die door de benadeelde derde wordt opgevat als een erkenning van aansprakelijkheid, terwijl deze derde er ook in redelijkheid op mocht vertrouwen dat de verzekerde daadwerkelijk aansprakelijk is, er wel degelijk toe zou kunnen leiden dat deze verzekerde gehouden is de door de derde geleden schade te vergoeden, net zoals het geval was in de besproken zaak waarin de verzekeraar een uitspraak in die richting had

## De wilsvertrouwensleer brengt mee dat de betekenis die de benadeelde *redelijkerwijs* aan de uitspraken en/of gedragingen mag verbinden van doorslaggevend belang is voor het antwoord op de vraag of er daadwerkelijk sprake is van een erkenning van aansprakelijkheid

gedaan. In de praktijk houdt dit in dat, als de verzekerde ook daadwerkelijk aansprakelijk is wegens een gemaakte fout, dit niets zou veranderen aan de situatie die toch al bestond. Maar als (achteraf zou komen vast te staan dat) de verzekerde in werkelijkheid niet aansprakelijk is wegens de veronderstelde fout, is in dit scenario denkbaar dat alsnog aansprakelijkheid is ontstaan, niet vanwege de veronderstelde fout maar vanwege de gedane erkenning. De verplichting tot schadevergoeding vloeit dan voort uit een nieuwe verbintenis, die pas is ontstaan tussen de verzekerde en de derde op het moment dat de verzekerde een uitspraak deed die door de derde op een bepaalde manier mocht worden opgevat. Er is dus strikt genomen nog steeds geen fout, maar wel aansprakelijkheid.

### 4.2. Wat als de verzekerde een jurist is?

In het eerdergenoemde artikel ‘Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid’ van Hoogenboezem & Hees wordt aangeraden om in het geval van een beroepsfout ‘beperkt, en zeer secuur, tekst en uitleg te geven en terughoudend te zijn met het maken van excuses’, teneinde te voorkomen dat de benadeelde derde deze uitleg en excuses ‘in redelijkheid’ mag opvatten als een erkenning van aansprakelijkheid.<sup>22</sup> Ook Hoogenboezem & Hees sluiten in dit kader aan bij de wilsvertrouwensleer, daarbij onder andere verwijzend naar het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad uit 1992.<sup>23</sup> Om vervolgens de vraag te beantwoorden of ook aan bepaalde uitspraken van een verze-

## Bepaalde uitingen en verklaringen over mogelijke beroepsfouten kunnen onder omstandigheden in redelijkheid worden opgevat als een erkenning van aansprakelijkheid

kerde juridische consequenties kunnen worden verbonden, verwijzen zij naar een uitspraak van de Rechtbank Assen.<sup>24</sup> In deze zaak stond de vraag centraal of een brief van een letselschadebureau mocht worden opgevat als erkenning van aansprakelijkheid voor een beroepsfout. Dit letselschadebureau was overeengekomen met een persoon die door bedrijfsmatige blootstelling aan de giftige stof beryllium arbeidsongeschikt was geraakt, dat het de door deze persoon geleden schade op zijn oud-werkgever zou verhalen. Het letselschadebureau stuurde in 1994 een stuitingsbrief naar de werkgever die na ruim zes jaar werd gevolgd door een tweede stuitingsbrief. De verzekeraar van de oud-werkgever stelde zich op het standpunt dat de vordering van de werknemer inmiddels was verjaard. Twee jaar later stuurde het letselschadebureau vervolgens een brief naar de benadeelde werknemer waarin enkele passages stonden die door de werknemer moeilijk anders konden worden opgevat dan als een erkenning van het letselschadebureau dat zij wegens een beroepsfout aansprakelijk was. Het ging om zinnen als '(...) nu dit betekent dat het er alle schijn van heeft dat (...) in deze tekst is geschoten en daarvoor aansprakelijk zal zijn' en, tamelijk ondubbelzinnig: 'Daardoor heeft hij dit belangrijke gegeven over het hoofd gezien waarvoor wij (...) natuurlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld'. De rechtbank oordeelde dat de benadeelde er inderdaad vanuit mocht gaan dat het letselschadebureau in deze brief had erkend een beroepsfout te hebben gemaakt, gezien de afwezigheid van betwisting van de fout en de door het letselschadebureau 'gekozen bewoordingen in hun onderling verband en samenhang beschouwd' *temeer* aangezien aan de kant van het letselschadebureau juridische deskundigheid aanwezig was waarop de benadeelde mocht vertrouwen.<sup>25</sup>

Deze uitspraak illustreert dat bepaalde uitingen en verklaringen over mogelijke beroepsfouten onder omstandigheden in redelijkheid kunnen worden opgevat als een

erkenning van aansprakelijkheid.<sup>26</sup> Toch is het naar mijn mening niet correct om aan deze conclusie het algemene advies tot terughoudendheid te verbinden, zoals Hoogenboezem & Hees<sup>27</sup> doen. Aan de overwegingen van de rechtbank is nadrukkelijk toegevoegd dat de benadeelde er met name op mocht vertrouwen dat het letselschadebureau had erkend een beroepsfout te hebben gemaakt, vanwege de juridische deskundigheid van het letselschadebureau. Deze overweging lijkt in zoverre een dragende omstandigheid te zijn dat bij bepaalde uitlatingen – waaronder excuses – door een niet-jurist zoals een arts, in andere zin pleegt te worden beslist.<sup>28</sup>

### 4.3. Bij niet-juristen ligt het anders

In de uitspraak die volgde in de juridische procedure die betrekking had op de hierboven aangehaalde casus van de KNO-arts is bevestigd dat het bij uitlatingen van niet-juristen anders ligt. De aansprakelijkheid van de KNO-arts werd weliswaar aangenomen, maar de rechtbank vermeldde daar nadrukkelijk bij dat de erkenning van aansprakelijkheid en excuses door de arts daar niet toe hadden bijgedragen.<sup>29</sup> Ook meer recent is in een aantal procedures – zowel binnen als buiten de medische sfeer – bepaald dat het aanbieden van excuses niet een erkenning van aansprakelijkheid inhoudt. Hieronder worden twee van deze uitspraken besproken.

#### 4.3.1. Rechtbank Den Haag 25 oktober 2012<sup>30</sup>: 'Het maken van verontschuldigen (...) dient strikt te worden gescheiden van het erkennen van aansprakelijkheid'

In een beschikking van de Rechtbank Den Haag uit 2012 bepaalde de rechtbank nadrukkelijk dat het aanbieden van excuses gescheiden moet worden van het erkennen van aansprakelijkheid. Aanleiding voor deze zaak was een klacht van (later) verweerster over het handelen van haar arts. Verweerster was van mening dat een bepaalde

19. Voorbeeld ontleend aan Rb. Zwolle 6 november 2002, 7194/HA ZA 01-1367 (niet gepubliceerd), waarover J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007, nr. 1, p. 3. Nu deze uitspraak niet is gepubliceerd, is hetgeen in dit artikel over de uitspraak is geschreven volledig gebaseerd op datgene wat Legemaate erover heeft geschreven.

20. J.L. Smeehuijzen & A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties', in: *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid* (Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013), Den Haag: Sdu 2013, p. 42.

21. HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, *NJ* 1992/606, r.o. 3.4.

22. K.P. Hoogenboezem en M.C. Hees, 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/7025, par. 5.

23. HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, *NJ* 1992/606.

24. Rb. Assen 1 februari 2006, 47277/HA ZA-04-475 (niet gepubliceerd). Nu deze uitspraak niet is gepubliceerd, is dat wat in dit artikel over de uitspraak is geschreven, volledig gebaseerd op hetgeen Hoogenboezem & Hees erover hebben geschreven.

25. Uitgebreid over deze uitspraak: K.P. Hoogenboezem en M.C. Hees, 'Het verbod

tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/7025, par. 4.

26. Wijntjens komt ook tot deze conclusie in L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016/7092, par. 2.

27. K.P. Hoogenboezem & M.C. Hees 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/7025, par. 5.

28. Hoogenboezem en Hees lijken dit anders te zien. Het advies om 'beperkt, en zeer secuur, tekst en uitleg te geven en terughoudend te zijn met het maken van excuses' geldt volgens hen – zo begrijp ik – voor alle beroepsbeoefenaars, maar

met name voor beroepsbeoefenaars met juridische deskundigheid, K.P. Hoogenboezem & M.C. Hees, 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/7025, par. 5.

29. Rb. Zwolle 6 november 2002, 7194/HA ZA 01-1367 (niet gepubliceerd), in hoger beroep bevestigd door het Hof Arnhem: Hof Arnhem 2 december 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO0863. Zie hierover J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007, nr. 1, p. 3.

30. Rb. Den Haag 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY2540. Zie ook mijn noot bij deze beschikking in *JA* 2013/29.

behandeling die zij had ondergaan en als gevolg waarvan zij klachten ervoer, ten onrechte was uitgevoerd.

De klacht die zij indiende werd door de klachtencommissie van het ziekenhuis gegrond verklaard. Tevens schreef de Raad van Bestuur van het ziekenhuis haar een brief waarin werd erkend dat door de betrokken artsen onzorgvuldig was gehandeld en waarin excuses werden aangeboden. Daarop stelde verweerster het ziekenhuis aansprakelijk voor de door haar geleden schade. Volgens verweerster was het klip en klaar dat de betrokken artsen verwijtbaar onzorgvuldig hadden gehandeld en derhalve

## De rechtbank benadrukt het belang van patiënten om na een incident excuses van het ziekenhuis en/of de betrokken artsen te ontvangen

aansprakelijk waren voor de door haar geleden schade, mede gezien de verklaringen die de betrokken artsen in het kader van de klachtenprocedure hadden gedaan (in het midden blijft welke verklaringen dat waren), de uitspraak van de klachtencommissie en de excuusbrief van de Raad van Bestuur.

De rechtbank ging niet mee met de stelling van verweerster dat aansprakelijkheid reeds kon worden aangenomen. Een uitspraak van de klachtencommissie heeft voor een civiele procedure geen precedentwerking en de vraag naar het causale verband tussen de gemaakte fouten en de schade was in de klachtenprocedure nog niet aan de orde gekomen. Tot zover niets nieuws, maar dan volgt een interessante passage over het aanbieden van excuses:

‘Evenmin houdt de brief van de Raad van Bestuur van het ziekenhuis een erkenning van aansprakelijkheid in. In die brief wordt slechts erkend dat onzorgvuldig door de betrokken artsen is gehandeld. Het maken van verontschuldiging door een ziekenhuis wordt door patiënten als heel belangrijk ervaren en dient strikt te worden gescheiden van het erkennen van aansprakelijkheid, omdat ziekenhuizen anders deze voor patiënten zo belangrijke verontschuldiging achterwege zullen laten. De strekking van de brief van de Raad van Bestuur is duidelijk gericht op het maken van verontschuldiging en niet het erkennen van aansprakelijkheid.’<sup>31</sup>

De rechtbank benadrukt hier het belang van patiënten om na een incident excuses van het ziekenhuis en/of de betrokken artsen te ontvangen. Zou het aanbieden van excuses verweven worden met het erkennen van aansprakelijkheid, dan zou dat kunnen betekenen dat het ziekenhuis of de arts in het vervolg wel twee keer nadenkt voordat excuses worden uitgesproken.<sup>32</sup>

Ook in de volgende te bespreken uitspraak wordt duidelijk benadrukt dat excuses geen erkenning van aansprakelijkheid, maar een erkenning van gevoelens van de benadeelde inhouden.

*4.3.2. Rechtbank Den Haag, 3 februari 2016<sup>33</sup>: geen erkenning van aansprakelijkheid, maar een erkenning van gevoelens*

Dit betreft een zaak waarin de ouders van drie minderjarige kinderen een verklaring voor recht vorderden dat de Staat der Nederlanden jegens hen onrechtmatig had gehandeld ‘door onzorgvuldig en vooringenomen onderzoek te verrichten voorafgaande aan het verzoek aan de kinderrechtster om de kinderen voorlopig uit huis te plaatsen en onder toezicht te stellen.’<sup>34</sup>

De ouders verweten de Raad voor de Kinderbescherming (verder: de Raad) dat zij geen zorgvuldig onderzoek had verricht naar de situatie van hun kinderen en had toegeredeneerd naar de conclusie dat het beter was dat de kinderen uit huis zouden worden geplaatst. Hierover hadden de ouders in een eerder stadium al een klacht ingediend bij achtereenvolgens de Klachtencommissie van de Raad en de Nationale ombudsman, welke klachten in ieder geval voor een deel gegrond waren bevonden. Naar aanleiding van een rapport van de Nationale ombudsman ontvingen de ouders van een lid van de landelijke directie van de Raad een brief met daarin onder andere de volgende passage:

‘Ik heb uit het rapport van de Nationale ombudsman begrepen dat de Raad het op veel punten niet goed heeft gedaan, en achteraf gezien kan ik me dat oordeel van de Nationale ombudsman wel voorstellen. Ik ben van mening dat de Raad niet gehandeld heeft zoals verwacht had mogen worden van een overheidsorganisatie. Ik kan de situatie helaas niet terugdraaien, maar wil u erkennen in uw gevoelens. Ik heb tijdens ons gesprek reeds mijn excuses gemaakt maar ik wil dat graag bij deze nog eens schriftelijk bevestigen.’<sup>35</sup>

De rechtbank hechtte voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag geen doorslaggevende betekenis aan het rapport van de Nationale ombudsman, waar de stellingen van de ouders volgens de rechtbank zwaar op leunden. De vordering van de ouders werd afgewezen omdat de rechtbank het gezien alle omstandigheden niet onbegrijpelijk, noch verwijtbaar onzorgvuldig achtte dat de Raad destijds een beschermingsmaatregel had gevraagd. De rechtbank voegde hier aan toe:

‘dat het enkele feit dat de Raad te kennen heeft gegeven zich achteraf te kunnen vinden in de door de Klachtencommissie en de Nationale ombudsman gegrond verklaarde klachtpunten, anders dan de ouders menen, geen erkenning van civielrechtelijke aansprakelijkheid met bijbehorende schadevergoeding impliceert. Dienovereenkomstig heeft de Staat benadrukt dat de Raad aldus doende slechts heeft beoogd de ouders te erkennen in hun gevoel en te benadrukken dat de Raad de door de Nationale Ombudsman gedane suggesties voor verbetering van de werkwijze ter harte zal nemen.’<sup>36</sup>

### 4.4. Houden excuses een erkenning van aansprakelijkheid in?

De gegeven voorbeelden laten zien dat het aanbieden van excuses en het geven van uitleg na een veronderstelde fout er in verreweg de meeste gevallen niet toe zal leiden dat de (vermeende) benadeelde partij zich er succesvol op kan beroepen dat hij de ontvangen excuses in redelijkheid mocht opvatten als een erkenning van aansprakelijkheid.



Dit geldt in ieder geval voor artsen en andere zorgaanbieders, zo is gebleken. Zelfs wanneer een arts zijn patiënt na een operatie, in de overtuiging een fout te hebben gemaakt, letterlijk oproept hem aansprakelijk te stellen (de zaak van de KNO-arts), kan dit niet tot de conclusie leiden dat aansprakelijkheid tussen partijen vaststaat. Dit laatste sluit aan bij de opvatting van Wansink, Van Tiggele & Salomons die met een verwijzing naar het eerdergenoemde arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1992,<sup>37</sup> waarin een verzekeraar uitspraken had gedaan betreffende de erkenning van aansprakelijkheid, schrijven het 'voorstelbaar' te vinden dat 'een verzekerde spontaan onder de indruk van een ongeval, in geëmotioneerde gemoedstoestand, aansprakelijkheid erkent'.<sup>38</sup> Daarmee mag de benadeelde (bij medische incidenten: de patiënt) de aansprakelijkheid van de verzekerde (de zorgaanbieder) nog niet als een gegeven beschouwen.<sup>39</sup>

Hetzelfde geldt hoogstwaarschijnlijk wanneer de verzekerde een andere dan een medische professional is. Jurisprudentie op dit gebied is spaarzaam,<sup>40</sup> maar de uitspraak van de Rechtbank Den Haag, die bepaalde dat de uitspraken en excuses van de Raad voor de Kinderbescherming niet konden worden opgevat als een erkenning van aansprakelijkheid, maar slechts als een erkenning van gevoelens, lijkt een sterke aanwijzing te zijn in die richting.

Slechts in het geval dat de professional een kenbaar juridisch onderlegde verzekerde is, zoals in het voorbeeld van het letselschadebureau,<sup>41</sup> is het denkbaar dat het doen van bepaalde uitspraken na een veronderstelde fout ertoe kan leiden dat aansprakelijkheid ontstaat vanwege de gedane erkenning, en niet vanwege die veronderstelde fout. Daarvoor is naar mijn mening wel nodig dat de gedane uitspraak meer inhoudt dan een 'bloot' excuus, dat wil zeggen een excuus waarbij enige vorm van erkenning ontbreekt. Het scenario dat een bepaalde uitspraak er wél toe leidt dat aansprakelijkheid ontstaat, doet zich alleen in zeer zeldzame gevallen voor. Daar is voor nodig dat, ten eerste, de kenbaar juridisch onderlegde verzekerde geacht kan worden de kwalificatie 'aansprakelijkheid' te hebben gegeven (dat is dus meer dan een aangeboden bloot excuus). Ten tweede is nodig dat de benadeelde (of beter: de derde) gerechtvaardigd op zijn uitspraken mocht vertrouwen, terwijl, ten derde, zonder de uitlatingen van de verzekerde die kwalificatie niet zou worden vastgesteld. Dat lijkt me feitelijk een relatief onwaarschijnlijke situatie, alleen al omdat juist van juridische professionals kan

## Het scenario dat een bepaalde uitspraak er wél toe leidt dat aansprakelijkheid ontstaat, doet zich alleen in zeer zeldzame gevallen voor

worden verwacht dat zij goed kunnen inschatten wanneer daadwerkelijk sprake is van een beroepsfout en wat zij wel en niet kunnen zeggen zonder daarbij onbedoeld aansprakelijkheid te erkennen.

In dit kader is een uitspraak van de raad van discipline inzake een klacht tegen een advocate interessant. De advocate had in een e-mail aan de nieuwe advocaat van haar voormalige cliënt excuses alsmede een geldbedrag als compensatie voor de geleden schade aangeboden, waar tegenover zij wenste dat haar voormalige cliënt de jegens haar ingediende klachten zou intrekken. De voormalige cliënt had deze e-mail opgevat als een erkenning van haar fouten, maar de raad van discipline oordeelde anders:

'In het kader van de beoordeling van de onderhavige klachten komt aan het e-mailbericht aan verweerster van [...] 2012 geen zelfstandige betekenis toe. Met het e-mailbericht heeft verweerster immers niet duidelijk en ondubbelzinnig erkend dat zij klachtwaardig jegens klager heeft gehandeld. Bovendien is het oordeel over de klachtwaardigheid van het handelen van verweerster voorbehouden aan de raad van discipline.'<sup>42</sup>

Alhoewel het hier niet ging om de vraag of de advocate aansprakelijk was, maar of zij klachtwaardig had gehandeld, blijkt ook hieruit dat bepaalde uitingen over een veronderstelde beroepsfout minstens een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning moeten zijn, voordat de situatie ontstaat dat de derde (in dit geval de voormalige cliënt) daar gerechtvaardigde conclusies aan mag verbinden. Daarnaast wordt ook maar weer bevestigd dat het oordeel over – in dit geval – de klachtwaardigheid is voorbehouden aan de bevoegde juridische beoordelaar, in dit geval de Raad van discipline,<sup>43</sup> zelfs wanneer de verweerder, zoals in dit voorbeeld, zelf een juridische professional is.

31. Rb. Den Haag 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY2540, JA 2013/29, m.nt. A.M. Zwart-Hink, r.o. 4.3.

32. Rb. Den Haag 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY2540, JA 2013/29, m.nt. A.M. Zwart-Hink.

33. Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:503.

34. Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:503, r.o. 3.2.

35. Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:503, r.o. 2.17.

36. Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:503, r.o. 4.18.

37. HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, NJ 1992/606.

38. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 376 en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer, 2012, nr. 592.

39. Wansink (J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 376) verwijst naar de memorie van toelichting bij de oude tekst in

het Ontwerp van wet tot vaststelling van titel 7.17 uit 1986, waarin het verschijnsel van de 'al te vlotte erkenning onder de indruk van het ongeval' wordt genoemd met een verwijzing naar bepalingen in de polis die een verbod op erkenning van aansprakelijkheid inhouden. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 26 (MvT).

40. Mij is nog één andere uitspraak bekend, waarin het Hof 's-Hertogenbosch bepaalde dat uit een geautomatiseerde brief waarin 'excuses voor het ongemak' waren aangeboden, geen onvoorwaardelijke erkenning kon worden afgeleid. Het hof voegde daar

nog aan toe dat het antwoord op de vraag of de excuses voor het ongemak gemeend of slechts geautomatiseerd waren aangeboden, daarbij niet van belang was. Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5332, r.o. 3.6.4.

41. Rb. Assen 1 februari 2006, 47277/HA ZA-04-475 (niet gepubliceerd).

42. Raad van Discipline Arnhem 27 mei 2013, ECLI:NL:TADRARN:2013:YA4423.

43. Precies hetzelfde geldt voor de vraag of aansprakelijkheid bestaat. Zoals betoogd in par. 4.1, komt ook het eindoordeel hierover toe aan juridische professionals.

## 5. Tot slot

Alhoewel van professionals wordt verwacht dat zij tegenover hun cliënten open en eerlijk zijn over fouten die gemaakt zijn in de uitoefening van hun werkzaamheden en dat zij daarvoor excuses aanbieden, blijkt uit verschillende onderzoeken dat zij in de praktijk nog steeds niet altijd (volledig) open zijn over gemaakte fouten. Zowel bij het publiek als bij de professionals zelf lijkt daarbij de veronderstelling een rol te spelen dat van de verzekeraar geen excuses mogen worden aangeboden en dat het doen van bepaalde uitspraken, waaronder het aanbieden van excuses, een erkenning van aansprakelijkheid kan inhouden.

## De baten van excuses zijn tastbaar en omvangrijk, de risico's zijn vooral theoretisch en hoe dan ook vermijdbaar

Mede op basis van deze veronderstellingen is in de literatuur wel gesuggereerd dat terughoudendheid bij het maken van excuses vanuit juridisch oogpunt verstandig is. Er is voor zover mij bekend echter geen empirisch onderzoek waarop dit advies kan steunen. Een recent Nederlands onderzoek laat in de specifieke context van de procedures die zijn opgezet rond het misbruik binnen de Katholieke kerk een mogelijk verband zien tussen het aanbieden van excuses in een klachtenprocedure en de daaropvolgende beslissing in een vervolprocedure waarin werd geoordeeld over schadevergoeding. Het voor de hand liggende effect dat de sterkte van de zaak zowel bepalend was voor het aanbieden van excuses, als voor het toewijzen van vergoeding, zou in de statistische analyses zijn gecontroleerd.<sup>44</sup> Het gaat hier om interessant onderzoek, maar de context is wel erg specifiek. Zodanig specifiek dat niet valt in te zien hoe het gevonden verband zou kunnen worden geëxtrapoleerd naar de in dit

artikel besproken figuur van een professional die zijn excuus maakt in het kader van een mogelijke beroepsfout. Uit andere onderzoeken, met name verricht in de Verenigde Staten, bleek meestal dat het aanbieden van excuses ofwel juist een positief effect had voor de gedaagde,<sup>45</sup> ofwel geen effect.<sup>46</sup> Daar moet wel bij vermeld worden dat deze onderzoeken niet gingen over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid, maar over andere effecten van excuses, zoals de invloed van excuses op een schikingsresultaat<sup>47</sup> of over het effect van aan de (faillissements)rechter aangeboden excuses op diens beslissing over het al dan niet kwijtschelden van een creditcard-schuld.<sup>48, 49</sup>

De suggestie dat terughoudendheid bij het maken van excuses vanuit juridisch oogpunt onverstandig is wordt dus – voor zover bekend – niet door empirisch onderzoek ondersteund. Daarnaast is het – zeker als het gaat om slachtoffers van medische incidenten – maatschappelijk ongewenst en druist het rechtstreeks in tegen de in par. 2 beschreven ontwikkelingen die juist zijn gericht op openheid en die in de medische praktijk al jaren aan de gang zijn. Met de invoering van artikel 10 lid 3 Wkkgz op 1 januari 2016 is bovendien voor het eerst ook wettelijk vastgelegd dat zorgaanbieders na een incident hierover open en eerlijk dienen te communiceren richting patiënten.

Het advies terughoudend te zijn is niet alleen maatschappelijk ongewenst, maar vindt ook weinig steun in het recht, zoals blijkt uit par. 4. Het kan niet worden ontkend dat de mogelijkheid bestaat dat het doen van bepaalde uitspraken – waaronder niet begrepen 'blote' excuses – er in theorie toe kan leiden dat aansprakelijkheid ontstaat vanwege de gedane erkenning, waar zij niet bestond vanwege een slechts veronderstelde beroepsfout. De conclusie is echter dat deze situatie zich in de praktijk slechts in zeer zeldzame gevallen kan voordoen. Het is om die reden in ieder geval niet correct om hieraan zonder meer het algemene advies te verbinden – zelfs niet in de richting van juridische professionals – dat terughoudendheid bij het maken van excuses geboden is. De baten van excuses zijn tastbaar en omvangrijk, de risico's vooral theoretisch en hoe dan ook vermijdbaar. Omdat de baten de lasten verre overtreffen, moet het advies zijn dat openheid en excuses juist (nog meer) moeten worden gestimuleerd. •

44. G. van Dijk, 'I Am Sorry (and Therefore Liable)': On the Detrimental Effect of Non-Monetary Relief (2017), Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2989486. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2989486>.

45. Bijv. J.K. Robbenolt & R.M. Lawless, 'Bankrupt Apologies', *Journal of Empirical Legal Studies* 2013, p. 771-796, par. III.

46. Bijv. J.J. Rachlinski, C. Guthrie & A.J. Wistrich, 'Inside the Bankruptcy Judge's Mind', *Boston University Law Review* 2006, p. 1227-1259, p. 1253 e.v.; en J.J.

Rachlinski, C. Guthrie & A.J. Wistrich, 'Contribution in the Courtroom: Do Apologies Affect Adjudication?', *Cornell Law Review* 2013, p. 1189-1234, p. 1209 e.v. Rachlinski, Guthrie & Wistrich rapporteren in laatstgenoemd artikel de uitkomsten van zes verschillende experimentele studies naar het effect van excuses op beslissingen van rechters. Studies 1, 2 en 3 laten geen effect zien. In studie 4 bleken de hardrijders die excuses aan de rechter hadden aangeboden veroordeeld te worden tot het betalen van hogere boetes dan de hardrijders die geen

excuses hadden aangeboden (een negatief effect). Studies 5 en 6 lieten daarentegen een positief effect zien. In al deze studies had de gedaagde los van de excuses erkend aansprakelijk te zijn of was de verdachte al schuldig bevonden aan het plegen van een strafbaar feit.

47. J.K. Robbenolt, 'Attorneys, Apologies and Settlement Negotiations', *Harvard Negotiation Law Review* 2008, p. 348-397, p. 361.

48. J.J. Rachlinski, C. Guthrie & A.J. Wistrich, 'Inside the Bankruptcy Judge's Mind',

*Boston University Law Review* 2006, p. 1227-1259, p. 1253 e.v.

49. Zie voor een uitgebreid overzicht van onderzoeken naar de (juridische) gevolgen van excuses L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016/7092, par. 3 en G. van Dijk, 'I Am Sorry (and Therefore Liable)': On the Detrimental Effect of Non-Monetary Relief (2017), Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2989486. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2989486>, par. II.